

AS FUNÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

THE CASE LAW FUNCTIONS IN INFORMATION SOCIETY

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR*
JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR**

RESUMO

Este artigo aborda o crescente interesse disseminado na sociedade pela atividade jurisdicional e como esse impulsionamento pode ser relacionado ao avanço das tecnologias de informática e comunicação. Traçamos um método de abordagem que é composto de um capítulo introdutório, em que se destaca o aumento do interesse da população no acompanhamento de investigações e julgamentos. Nossa pesquisa aponta que o aprimoramento da tecnologia teve importante papel para o aumento desse interesse e que, na atualidade, compreender as posições e rumos da jurisprudência (como produto da função jurisdicional do Estado), constitui preocupação essencial, a fim de que os interessados tenham condições tomar decisões sobre o momento e a estratégia de seus processos, baseados nas orientações fixadas pelas cortes de justiça. Essencial o conhecimento técnico sobre o que representa a jurisprudência. Esse papel

ABSTRACT

This paper addresses the growing interest of society in the jurisdictional activity and how this can be related to the advances of information and communication technologies. We outline an approach method that is composed by an introductory chapter highlighting the increased interest of the population in monitoring investigations and judgments. Our research indicate that the technology improvement has played an important role in increasing this interest and that, nowadays, understanding the positions and directions of jurisprudence (as a product of the State jurisdictional function), is an essential concern, so that stakeholders make decisions about the process and strategy based on the guidelines set by the courts. Essential is the technical knowledge of what case law represents. This role was defined in the following chapter, which seeks to identify precedent as one of the forms of

* Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Pós Doutorando em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo – FFLCH-USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. E-mail: neubarreto@hotmail.com.

** Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Pós-Doutor em Direito - Especialidade em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: marcelo.vigliar.adv@gmail.com.

foi delimitado no capítulo seguinte, que trata de identificar a jurisprudência como uma das formas de expressão do Direito. Delimitado esse conceito, que apresenta os mais importantes estudos da doutrina sobre o conceito de jurisprudência no Brasil, passamos a verificar, no capítulo seguinte, as atuais funções da jurisprudência, pois a legislação passou a prever novas modalidades de uniformização da jurisprudência, permitindo aos cidadãos, antes do ajuizamento de suas ações, conhecerem as probabilidades de sucesso de suas pretensões. A partir dos temas desenvolvidos nesses capítulos, pareceu-nos essencial retomar a discussão sobre a dualidade ou unidade do ordenamento jurídico para concluir que eventuais interpretações do ordenamento, com as novas modalidades de uniformização da jurisprudência, são inevitáveis, a fim de que se garanta a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência. Funções Jurídicas. Segurança Jurídica. Sociedade da Informação.

law expression. Delimiting this concept, which presents the most important studies of the doctrine on the concept of case law in Brazil, we turn to the next chapter to verify the current functions of precedents, since the legislation provides new modalities of case law uniformity, allowing citizens, before the filing of their actions, to know the probabilities of success of their pretensions. Based on the themes developed in these chapters, it seems essential to return to the discussion about duality or unity of the legal system in order to conclude that any interpretation of the law, with the new modalities of uniformity of precedents, are inevitable, in order to guarantee the legal certainty.

KEYWORDS: Case law. Legal Functions. Legal Security. Information Society.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Jurisprudência como Forma de Expressão do Direito. 3 As Atuais Funções da Jurisprudência no Ordenamento. 4 Unidade ou Dualidade do Ordenamento Jurídico. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Há tempos que se constata um certo interesse no acompanhamento de determinados julgamentos. A curiosidade sobre o resultado cresce na proporção direta da popularidade do investigado. Aliás, não raro, esse interesse se inicia já na que antecede o julgamento, seja nas investigações criminais, seja na coleta de dados para a conclusão da responsabilidade sobre um ato que causa prejuízo ao patrimônio público, ou mesmo num caso de investigação de paternidade, que ganha notoriedade diante dos protagonistas envolvidos.

Ainda que outros meios de comunicação também demonstrem interesse na divulgação desses casos, optamos por destacar as informações que são divulgadas pelas emissoras de televisão, que ganham espaços especiais nas suas programações. Não é de hoje

que as pautas dos telejornais e a existência de inúmeros seguimentos na programação das diversas emissoras destinados ao noticiário e acompanhamento de julgamentos e investigações que os antecedem se ocupam em divulgar os seus detalhes e resultados. Há algumas décadas as emissoras de televisão destacam considerável programação destinada à dramatização e a especulação dos motivos envolvendo os casos que consideram relevantes para serem transmitidos. Também em determinados segmentos da TV por assinatura o mesmo interesse pode ser notado.

Mais recentemente, a população passou a contar também com a transmissão de julgamentos pela emissora de televisão oficial do Judiciário Brasileiro, conhecida como *TV Justiça*,¹ que funciona, não por acaso, desde o dia 11 de agosto (Dia do Advogado) de 2002. Verifica-se que as emissoras particulares chegam a alterar a sua programação normal para retransmitir dos plenários de diversos tribunais esses julgamentos da *TV Justiça*, televisionando em tempo real os votos proferidos pelos juízes, desembargadores e ministros e as sustentações orais realizadas por notáveis advogados.

Mas também os simples cumprimentos de mandados de prisão ou meros deslocamentos de alguns presos que tenham destaque na sociedade passaram a ocupar as transmissões, principalmente nas operações que são deflagradas pela Polícia Federal.

1 Para destacar o interesse da população nas questões que envolvem o Judiciário, consta do site oficial da emissora (<http://www.tvjustica.jus.br>), criada pela Lei nº 10.461/2002: “Com sede no Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, a TV Justiça iniciou suas atividades em 11 de agosto 2002. Como emissora pública, transmitida pelo sistema a cabo, satélite (DHT), antenas parabólicas e internet, foi a primeira a transmitir ao vivo os julgamentos do Plenário da Suprema Corte brasileira. A TV Justiça tem como foco preencher lacunas deixadas por emissoras comerciais em relação a notícias sobre questões judiciais, a fim de possibilitar que o público acompanhe o dia a dia do Poder Judiciário e suas principais decisões, favorecendo o conhecimento do cidadão sobre seus direitos e deveres. Trabalha na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. Este é o maior propósito da emissora do Judiciário. Com programação que emprega linguagem clara, ágil, confiável, contextualizada e caráter didático, a TV Justiça notabilizou-se pela transmissão de julgamentos, programas de debates, seminários e conferências ao longo dos seus 10 anos de história, realizando uma cobertura jornalística prolongada, profunda e variada”.

As emissoras solicitam, durante a transmissão as opiniões de juristas, professores de Direito especializados, cientistas políticos, que vêm aos seus estúdios sempre com a preocupação em divulgar as possíveis consequências jurídicas dos atos transmitidos, tais como os recursos que ainda caberiam, quais as consequências das prisões, por quanto tempo será a prisão, sobre as prescrições dos crimes etc. Casos mais dramáticos ganham simulações, gráficos, opiniões de médicos legistas e de peritos criminais, além do acompanhamento das reconstituições, realizada com o próprio investigado.

As informações contidas no conjunto que é formado pela investigação, julgamento e também as possíveis consequências jurídicas e políticas, constitui um verdadeiro produto, cuja “matéria prima” tem sido farta, permitindo que os casos se multipliquem, revelem os relacionamentos nem sempre republicano entre os envolvidos, pela atuação de personagens que se repetem e, assim, passam a ocupar o nosso cotidiano, não sem a lamentavelmente exploração desfigurada da informação, que a transforma num verdadeiro espetáculo.

Esse interesse pelos julgamentos parece ter crescido, o que pode ser atribuído, na realidade, à maior velocidade que a informação é disseminada, fato que está relacionado à evolução da tecnologia da comunicação. A tecnologia que permite a rápida movimentação da informação nas redes sociais e seus aplicativos, revelam o quanto o resultado de um julgamento está na preocupação de todos.

Podemos exemplificar o aumento do interesse sobre o tema com um único Habeas Corpus (*HC*).² Na realidade, o *HC* constitui uma medida judicial bastante comum, utilizada diariamente para evitar ou para colocar fim às prisões ilegais. Não obstante, em pleno domingo do dia 8 de julho de 2018, a decisão que determinou a soltura do ex-Presidente da República e a quase que imediata cassação dessa decisão, derivada da impugnação apresentada naquele processo, criou perplexidade e, em minutos, deflagrou vários debates de cunho técnico-jurídico e inúmeros de cunho político. O

2 HC nº 5025614-40.2018.4.04.0000 - impetrado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

desembargador que determinou a referida soltura não tardou, naquela mesma data, a receber o “julgamento” de quem acessou, por exemplo, o *WhatsApp* e teve a oportunidade de receber as decisões na íntegra, quase que em tempo real.

As preocupações passaram a se dirigir à carreira do desembargador, às suas decisões anteriores, enfim, o julgador passou a ser julgado publicamente e fora de um processo regular.

A evolução dos meios de comunicação possibilitou que às informações sobre um determinado fato (e aqui nos interessa esses casos notórios dos tribunais) fosse agregada a velocidade, o que permitiu as transmissões ao vivo, inclusive pela internet, promovendo debates nas redes sociais e, o que é curioso, a espera pelo “placar” do julgamento.

Assiste-se ao julgamento e, além daquele que é julgado, à exemplo do que ocorreu com o *HC* referido, os magistrados que julgam são igualmente “julgados”, numa avaliação crítica de suas posições expostas nos votos que proferem. Dependendo dos votos que proferem, nesse ou naquele sentido, ainda que alguns não compreendam plenamente em sua extensão e significados jurídicos, os juízes de determinado tribunal recebem um imenso espectro de qualificações, que vão dos elogios da erudição à afirmação de que desconhecem o tema do ponto de vista jurídico, passando pela imputação da pecha de corruptos, de retribuidores de favores, de comprometidos com esse ou aquele partido político.

Natural que essa evolução dos meios de comunicação tenha ensejado essa ampla e rápida possibilidade de divulgação da informação sobre determinados julgamentos, pois um breve contato com os fundamentos da Sociedade da Informação mostra, prontamente, seu compromisso com a difusão e integração das tecnologias de informação.

Permitir a comunicação integrada e da forma mais ampla possível e, assim, viabilizar a transferência do saber, são tarefas imprescindíveis para o alcance dos objetivos daqueles que estão comprometidos com as bases teóricas dessa Sociedade da Informação, como anotou Agudo Guevara.³

3 *Apud* WERTHEIN, 2000, pp.71-77.

Importa anotar, para o desenvolvimento de nossas considerações que, concomitantemente a esse aumento do interesse popular sobre determinados julgamentos, houve o progressivo reconhecimento jurídico-político da importância dos julgados proferidos pelos tribunais. Não apenas os casos notórios, mas percebe-se no próprio contato com o indivíduo que não tem formação jurídica e buscam orientação um certo requinte na exposição dos fatos que o envolvem e mesmo a manifestação sobre a existência de outros julgados idênticos sobre casos similares aos seus.

Reconheceu-se a importância desse conjunto de julgados, formado pela reiteração dos casos que são analisados e interpretados pelas Cortes de Justiça brasileiras. Importa-nos, assim, após essas considerações iniciais, verificar, na atualidade, a importância das consequências que os julgamentos reiterados de casos semelhantes promovem na vida dos jurisdicionados.

A metodologia empregada fundamenta-se na técnica analítica, na qual são avaliados os aspectos formalistas da sistematização das regras e normas jurídicas, com foco no ordenamento jurídico e suas relações internas, somado ao enfoque hermenêutico interpretativo, que busca compreender as condutas humanas por meio da atividade discursiva interpretativa. Segundo GUSTIN e DIAS, “*a interação entre esses modelos dá-se por meio de um processo dialético de inclusão/complementação/distinção.*”⁴

Há uma tendência, verificada na própria legislação que adiante será referida, a que esses julgados vinculem julgados futuros, no sentido de que a aplicação da tese jurídica debatida seja similar em eventos similares, culminando na criação de considerável de dispositivos legais, demonstrando a importância concedida à jurisprudência, que ganhou reconhecimento expresso do seu papel de proporcionar e garantir a segurança jurídica. Antes de considerarmos os dispositivos que indicam que à jurisprudência também foi designado o papel de garantir maior segurança jurídica, analisaremos qual a sua posição no ordenamento jurídico e se existe a obrigatoriedade de se considerar um determinado número de

4 GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-31

precedentes para que se possa falar nessa intervenção vinculativa que os julgados passaram a ter.

2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FORMA DE EXPRESSÃO DO DIREITO.

Curioso notar que ainda que falte o conhecimento prévio e alguma reflexão mais detida sobre os mais elementares conceitos jurídicos, que são encontrados nas obras dos estudiosos que se dedicam ao estudo de disciplinas como a *Teoria Geral do Direito* e a *Filosofia do Direito*,⁵ encontramos muitas pessoas espantadas e mesmo criticando o teor de um voto proferido em determinado julgamento. As críticas ultrapassam o seu resultado (a *procedência* ou a *improcedência*; a *condenação* ou a *absolvição* etc.).

Manifestam suas discordâncias, por exemplo, sobre a “dosimetria da pena” utilizada para a fixação da sanção aplicada ao réu. A chamada “dosimetria da pena” é um tema relativamente complexo, que demanda o conhecimento de tantos outros institutos jurídicos que o antecedem na formação daquele que está aplicando a pena no caso criticado. A fixação da pena não passa pelo gosto pessoal do magistrado, que deve realizar - e na ordem correta estabelecida em lei - a consideração de diversos elementos existentes no caso concreto, como as agravantes e as atenuantes, a existência de eventual reincidência, a especial condição da vítima etc., para chegar à sanção proporcional a toda a extensão do crime analisado.

Observa-se que outros termos vão se incorporando ao vocabulário cotidiano, como se não tivessem seus conteúdos próprios, tais como “acordos de leniência”, “delações premiadas”, “improbidade administrativa”, “jurisprudência defensiva”, “ativismo judicial”, etc.

Natural que isso ocorra como decorrência das consequências de vivenciarmos uma das mais significativas e perceptível fase da denominada Sociedade da Informação.

5 Presentes também nas mais festejadas obras de iniciação ao estudo jurídico, como ocorre, por exemplo, na área do Direito Civil. Assim, dentre outros, FRANÇA 1980; MONTEIRO, 1985; PEREIRA, 1984, RODRIGUES. *Direito Civil*, 1987.

Mesmo que os interlocutores que incorporam esse novo vocabulário não tenham mantido prévio contato com expressivos conceitos, tais como o sempre tormentoso conceito de Direito (por vezes pouco refletido e de difícil verbalização até mesmo pelos profissionais com grande experiência e cultura jurídicas); as diferenças entre direito e moral; o que se entende por direito positivo e direito natural; os limites que separam o direito objetivo do direito subjetivo etc., as mencionadas expressões vão se assomando ao vocabulário, considerando que são repetidas diversas vezes nos meios de comunicação, nas redes sociais, e em todas as formas de comunicação.

Necessário, portanto, que identifiquemos a posição da jurisprudência no ordenamento jurídico. A jurisprudência seria uma “*fonte*” do Direito? Criaria o direito, ou apenas o interpretaria e revelaria? A opção por posicioná-la em categoria jurídica correta significaria uma mera disputa acadêmica, ou a partir das profundas modificações da recente atividade legislativa, a jurisprudência também teria um papel normativo?

Conforme referido, antes mesmo de defini-la e explorar seu papel na atualidade, consideraremos sua posição no ordenamento, valendo-nos de importante discussão que principia com o estudo de um dos primeiros temas de iniciação, qual seja, aquele que versa sobre as *formas de expressão do Direito*, apresentando posicionamentos de diversos autores, inclusive de doutrinadores que lançaram suas luzes a uma investigação anterior, realizada por um dos autores do presente estudo, sobre instituto que existia no Código de Processo Civil de 1973, cuja disciplina não foi mantida no Código vigente.⁶

Essas *formas de expressão do Direito* também são conhecidas como as *fontes do Direito*,⁷ locução que, a despeito de ter

6 Sobre o derogado instituto da *Uniformização de Jurisprudência*, cf. VIGLIAR, 2003.

7 FRIEDE, 2010, p. 2159, apresenta um organograma do que, como muitos, denomina *fontes do direito*. Embora não adotemos nem mesmo concordemos integralmente com tal terminologia, vale uma consulta à referida obra porque bastante abrangente a exposição do autor acerca das formas de manifestação do Direito.

sido consagrada não apenas no Brasil mas também na doutrina estrangeira, merece algum reparo, conforme veremos logo adiante. Busca identificar as formas que o Direito assume para se manifestar, para se apresentar àqueles que devem se sujeitar aos seus comandos, para apresentar as regras sociais que “*disciplinam as obrigações referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários*”.⁸

Para as nossas considerações, que destacam a evolução e o papel da jurisprudência na Sociedade da Informação, alocá-la entre as *formas de expressão do direito* não constitui mera opção semântica.⁹

As leis, os costumes, os princípios gerais e a jurisprudência, são as *formas de expressão* mais comuns do Direito.

Há quem sustente a existência de uma hierarquia entre o que denominam de *fontes do direito*, em que a lei seria a principal dessas *fontes*.

8 O trecho entre aspas corresponde à definição de Direito adotada por FRANÇA (1980). O presente estudo não tem, obviamente, a pretensão de (re)definir o Direito e não há, de nossa parte, a intenção de aderir integralmente à definição transcrita, que somente foi apresentada para destacar o método comum entre os autores mencionados de iniciar seus magistérios com a definição do próprio objeto de seus estudos.

9 As locuções jurídicas também necessitam de precisão. Entre os estudiosos do Direito há uma imensa preocupação sobre a adequada linguagem para expressar com exatidão o que se pretende. Entre outros autores, consulte-se, FERRAZ JR. (1986) e DINAMARCO (1987). O primeiro dos autores mencionados (p. 9-10), discute não só o caráter de ciência (ou não) que se pode atribuir ao Direito, como também demonstra que uma das preocupações que se deve ter, antes mesmo de se discutir sobre esse ponto específico, é identificar o que se pretende pela expressão “*ciência*”. Ensina que alguns critérios que podem identificar uma ciência. Dentre eles, propõe que uma ciência “*visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá...*” com enunciados ... “*que completam e refinam as constatações da linguagem comum*” , demonstrando, assim, que uma ciência deve ter uma expressão própria para identificar os objetos de suas indagações, até mesmo para se diferenciar das especulações corriqueiras. Dinamarco, ao seu turno (1987, p. 101-102), afirma: “*Mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim*”.

O direito que é positivado e, portanto, elevado à categoria de lei, não constitui *fonte* principal, bastando lembrar que ao Judiciário cumpre a sua interpretação nos casos concretos que lhes são apresentados, e que ao conjunto dessas interpretações, sobre determinado tema e diante de certas condições, dá-se o nome de jurisprudência.

O direito positivo e a jurisprudência devem ser vistos como manifestações do mesmo fenômeno jurídico, mesmo porque, nas lacunas e demais atividades integrativas, o labor jurisprudencial indicará qual a solução jurídica para o conflito, que deve ser solucionado, exista ou não uma lei específica à solução do conflito, diante da inafastabilidade do controle jurisdicional, que não permite o *non liquet*.

As decisões judiciais unificadas, uniformizadas, coligadas ou congregadas pela similitude da interpretação da tese jurídica a ser decidida, formando conjunto de sucessivas interpretações realizadas num mesmo sentido, inclusive sobre as outras *formas de expressão*, passa, em determinado momento de nossa história a projetar efeitos vinculativos, com sucessivo aprimoramento da legislação que culmina por estabelecer uma obrigação a todos os tribunais, qual seja, o dever de preservar a sua jurisprudência e “*mantê-la estável, íntegra e coerente*”.¹⁰

A atividade legislativa do Estado Brasileiro passou a conferir extensa disciplina jurídica ao trato que se deve dispensar à jurisprudência, principalmente a partir da importantíssima Emenda Constitucional nº 45, que modificou profundamente a estrutura do Judiciário, passamos a contar com efeitos vinculativos a determinados julgamentos, considerando que determinou, no § 2º do *novo* art. 105 da Constituição Federal, que as “*decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

10 Conforme prevê o art. 926 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

Essa intensa atividade não cessou desde então e culminou com a extensa e importantíssima disciplina contida na Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (o Código de Processo Civil de 2015), que possui diversos mecanismos de uniformização, presentes em diversos de seus dispositivos que disciplinam, apenas para exemplificar, o julgamento de demandas e recursos repetitivos, a assunção de competência e estabelece em dispositivo legal a necessidade de preservação da jurisprudência estabelecida para cada tribunal.

Obviamente que toda essa extensa disciplina jurídica promove a consciência do papel que a jurisprudência assume em nosso ordenamento. Além da publicação oficial do texto legal, que gera a presunção de seu conhecimento, não foram poucos os artigos, livros, congressos e cursos de extensão que passaram a tratar e interpretar o alcance dessas modificações. Paulatinamente, a sociedade vai recebendo a informação sobre a importância dessa *forma de expressão do direito*. Indiscutivelmente, o jurisdicionado pode e necessita conhecer os entendimentos das Cortes de Justiça que, eventualmente, poderão vir a interpretar o direito positivo que regula o conflito que o envolve. A consciência desses posicionamentos reiterados dos tribunais influencia desde a tomada de decisão pela utilização da via processual, até a estratégia que poderá ser tomada naquele caso.

A existência de interpretações díspares sobre a mesma tese jurídica promove, portanto, a insegurança jurídica, o casuísmo e a sensação de injustiça, sobretudo porque os julgados tendem a se tornar imutáveis com o advento do fenômeno da coisa julgada material (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal), que recrusce da parte dispositiva da decisão final.

Toda essa modificação legislativa tendente a uniformizar os entendimentos passa a permitir, a partir de sua vigência, que os indivíduos conheçam as “probabilidades” das soluções que envolvem o seu conflito, através da verificação das soluções conferidas a outros similares que lhe antecederam no tempo.

Antes de avançarmos para a identificação da jurisprudência como uma das *formas de expressão do Direito*, não podemos deixar de reconhecer um importantíssimo aspecto relacionado ao conjunto legislativo que disciplina, na atualidade, a formação e manutenção da jurisprudência. Trata-se da conscientização de que

esse mesmo conjunto de dispositivos, pelo fato de ser formado por leis, também está sujeito a reiterados questionamentos perante o Judiciário. Nada impede que exsurja um conflito derivado da necessidade de se conhecer a real extensão das normas destinadas à uniformização. O que se verificará é que teremos, em breve trecho, precedentes que poderão formar jurisprudência sobre as leis que disciplinam as formas de uniformização de julgados. Numa palavra, jurisprudência sobre formação da jurisprudência. Utilizando de uma figura de figura de linguagem, constata-se que a *criatura* (as leis que disciplinam a formação dos julgados reiterados) poderá confinar, em sua extensão, a interpretação dominante de seu *criador* (o conjunto legislativo que disciplina a formação dos julgados reiterados). Em outros termos, a necessária força que se concedeu à jurisprudência mediante dispositivos legais receberá, quando e se preciso, a devida identificação de seus limites, formando jurisprudência.

Retomando a necessidade de se alocar a jurisprudência entre as *formas de expressão do Direito*, destacamos a preocupação trazida por Luiz Alberto Warat sobre a importância da definição dos institutos que integram o Direito para o próprio significado do que se pretende referir quando se usa a palavra Direito.

O citado autor aborda a proximidade que o ato de definir guarda com o ato de *classificar*. Quem define, conclui Warat¹¹, também classifica. Quem define agrupa elementos diversos em categorias que comportam aproximações por determinado conjunto de elementos que lhes são comuns. Considera o autor que a opção de agrupar dois objetos distintos em uma categoria, destacando os aspectos que os aproximam e desconsiderando aqueles que os afastam, sempre refletirá uma opção de quem se empenha em realizá-lo. Reconhecer a existência de elementos comuns não é ato isento. Trata-se de atividade intelectual que revela as opções de quem classifica para, ao depois, definir.

Nenhuma definição, portanto (e, assim, nenhuma posição jurídica que se assuma em relação a determinado tema), será isenta e sempre refletirá as posturas, crenças, ideologia e demais valores

11 WARAT, 1994, p. 31-32.

de quem a realiza.¹²

Classificamos a jurisprudência como uma das *formas de expressão do Direito*. Abandonamos, pelos motivos que o presente estudo revela, a antiga concepção de encará-la como um *fonte do Direito*. Fundamentemos a nossa opção.

Deve-se preferir a referência que se faz à jurisprudência com como *forma de expressão do Direito* à que a identifica como *fonte do Direito*, pois, o que agrupa as leis, os costumes, a jurisprudência e demais modalidades de manifestação são as funções que essas manifestações desempenham. Todas se destinam a expressar o próprio Direito “cultuado”, chamemos assim, naquele momento histórico daquela determinada sociedade.

Esclarece FRANÇA, a propósito de aclarar a sua definição, que passamos a adotar integralmente, que fonte, na realidade, “*é o lugar de onde provém alguma coisa. Fonte do Direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos*”.¹³ Nem a lei e nem a jurisprudência e nem outra forma que o Direito assume seriam, propriamente, *fontes do direito*, mas manifestações deste.

As (mal) denominadas *fontes formais*¹⁴ do direito não são

12 WARAT, 1994, p. 31-32. Impossível deixar de consignar que as discussões existentes na sua obra e que promovem reflexões aos mais experientes estudiosos do Direito, da Sociologia, da Política, da Filosofia e de outras áreas do saber.

13 FRANÇA, 1969, p. 3.

14 Pode-se afirmar que a Doutrina brasileira tem a mesma concepção de Savigny sobre o que venham a ser “*fontes do direito*”, já que este as identificava como sendo as “*causas de nascimento do direito*”. Assim, entre outros autores, destacamos (1) MONTEIRO, para quem as “*Fontes são os meios pelos quais se formam ou pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. São os órgãos sociais de que dimana o direito objetivo*”, que indica como *fontes do direito* a lei, o costume (e jurisprudência como uma especial forma do costume), a doutrina e os princípios gerais do direito. Cf. Op. cit. p. 12. (2) PEREIRA, ao seu turno, afirma que fonte do direito é o “*meio técnico*” de realização do direito objetivo. Para este autor palavra *fonte*, na realidade teria duas acepções: (a) *fonte* como o objeto de determinada investigação científica, quando se utiliza do que denomina “*monumentos ou documentos onde o pesquisador encontra os elementos de seu estudo*”; nesse sentido o *Digesto* ou as *Institutas* seriam *fontes históricas* das instituições civis; e (b) *fonte* como as diferentes “*maneiras de realização do direito objetivo (fonte criadora)*”. Cf. Op. cit. p. 39 e 40. (3) RODRIGUES faz uso da expressão “*fonte*” apenas na primeira acepção indicada por PEREIRA. Op. cit. p. 8. (4) DINIZ, em estudo que se detém principalmente na análise da lei como forma que o Direito se manifesta, afirma que “*a legislação, nos*

fontes de preceitos jurídicos. Estes preceitos são criados pelo arbítrio humano, ou derivados do Direito Natural. Em outra obra, o mesmo autor afirma que

as formas de expressão do direito são os modos pelos quais o direito se exterioriza. É a roupagem de que se reveste para vir à tona dos fatos da vida. A doutrina tradicional tem-nas confundido com aquilo que impropriamente denomina ‘fontes’ do direito. Ora, as fontes do direito, isto é, aquilo de onde provém o Direito são o direito natural e o arbítrio humano. As assim chamadas fontes formais não são fontes, mas, como preferimos dizer, por se tratar de solução mais correta, ‘formas de expressão do direito’ ”.¹⁵

Realmente, o arbítrio humano – para pensarmos no direito que pode ser criado – ao lado do direito natural (que existe independentemente da atuação do homem) são, propriamente, as fontes¹⁶ de que provém todo o direito. As *fontes formais*, conforme nos ensina Rubens Limongi França, são as próprias formas de expressar esse fenômeno, criado pelo arbítrio ou assim revelado, porque essencial à condição humana.¹⁷

países de direito escrito e de Constituição rígida, é a mais importante das fontes formais estatais”. Para a autora, cabe uma hierarquização entre as fontes, chegando a afirmar que a lei é a “*fonte primacial do direito, a fonte jurídica por excelência*”, com o quê ousamos discordar. Cf. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 41. Sobre a visão de SAVIGNY quanto às fontes, consulte-se, sobre todos, FRANÇA, in *Formas de Aplicação do Direito Positivo*, Op. cit. p. 4-6.

15 Cf. *Manual de Direito Civil*. Op. cit. p. 12.

16 *Fonte* seria o vocábulo “*empregado para indicar tudo de onde procede alguma coisa, onde ela se funda e tira razão de ser, ou todo o fato que dá nascimento a outro*” DE PLÁCIDO E SILVA, 1987, p. 311, v. 2.

17 Em estudo desenvolvido por um dos autores do presente artigo doutrinário, considera-se que, ainda que se pretenda conceder à lei o *status* de primacial forma de expressão do direito (o que não é verdade), a utilização da expressão “*fontes do direito*” seria uma contradição, porque a própria Constituição Federal limita o conteúdo e até mesmo a oportunidade de edição de novas leis. Se a lei fosse *fonte* e não *forma de expressão*, haveria um contrassenso na existência de obstáculos constitucionais destinados a orientá-la. A *fonte* se situa em momento anterior ao da existência da lei. Cf. VIGLIAR, 1996.

3 AS ATUAIS FUNÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO.

Identificada a jurisprudência como uma das *formas de expressão do direito*, surge a indagação sobre seu processo de formação. Em que circunstâncias seria possível afirmar a sua existência? Quantos seriam os julgados necessários para que se pudesse afirmar que, em relação a determinada tese jurídica, haveria jurisprudência formada?

Uma vez que se responda a essas indagações, viabiliza-se considerar suas funções e, para concluir, questionar se há ou não “força normativa” que se possa atribuir a essa *forma de expressão*.

O principal elemento existente na sua mais tradicional definição é a reiteração. A repetição das interpretações feitas por um determinado tribunal sobre uma mesma tese jurídica, utilizada para solucionar conflitos, digamos, semelhantes, consiste no elemento que confere “autoridade” à jurisprudência, pois revela o consenso formado até então sobre a forma mais usual de se considerar aquela determinada tese que pode comportar mais de uma interpretação.

Portanto, são as interpretações reiteradas e convergentes que formam a jurisprudência. Afirma-se a sua existência pela reiteração. Julgados isolados não formam jurisprudência. Quando muito indicaria um pendor sobre o alcance de determinado tema jurídico (ainda) pouco debatido. Tecnicamente, entre nós, seriam precedentes. A jurisprudência é um conjunto de precedentes (semelhantes) que tiveram soluções semelhantes, no que tange à aplicação do mesmo Direito que regia aquelas diversas hipóteses.

A dúvida que surge sobre essa reiteração de julgados, mesmo nos casos em que a reiteração indicar a conveniência de o tribunal convertê-la em súmula, diz respeito a sua eventual “força normativa”.

A jurisprudência, ao desempenhar sua função de proporcionar maior segurança jurídica, pode criar a orientação para os casos semelhantes futuros? Na ausência de norma específica, poderia indicar a solução, ainda que não se tenha um número representativo de precedentes, sem que se possa imputar ao tribunal a prática do que se convencionou denominar de “ativismo jurídico”? Na constatação

de um número reduzido de precedentes, mas com a possibilidade de concluir que esses precedentes são conflitantes, conviria, por exemplo, a edição de uma súmula de uniformização para que uma única orientação fosse seguida, conforme indicariam alguns dos dispositivos da vigente legislação processual?

Fica evidente que a fixação de um determinado número aleatório de julgados, como sendo o mínimo e necessários para que se possa falar em jurisprudência, não constitui o método adequado, pois o problema, conforme denotam as questões acima apresentadas, não se limitam à formação “natural” da jurisprudência. A sua formação natural demanda tempo, considerando a necessidade de se analisar os julgados definitivos que vão se formando, na medida que os casos semelhantes vão sendo decididos.

Há o sério inconveniente da formação de julgados com conteúdos decisórios diametralmente opostos, o que proporciona não apenas o descrédito pela atividade jurisdicional (para o mesmo conflito, decisões transversalmente opostas), como promovem intensa incerteza sobre a eficácia do ordenamento e sua condição efetiva de pacificar o conflito.

Não se discute aqui as situações fáticas de cada jurisdicionado. Aspectos particulares podem levar a decisões diversas. O que nos preocupa é a fixação da tese jurídica. Qual a solução apontada pelo ordenamento? Considerando as competências legislativas, sobretudo no Estado Brasileiro, em que as principais matérias são legisladas pela União (e, portanto, para vigência em toda a Federação), não parece razoável que em uma das unidades federadas o cidadão tenha permissão para atuar de uma forma e, em outra, a sua atuação deva se dar de forma diversa, experimentando prejuízos pessoais derivados dessa decisão. Pior cenário, ainda, representa a coexistência de interpretações diversas dentro de um mesmo tribunal sobre um mesmo tema. Aceitar mais de uma interpretação sobre o mesmo fenômeno jurídico (que se encontre legislado ou não), implica, em última análise, na concomitante aceitação da existência de discriminação entre os cidadãos que, obviamente, não puderam escolher a turma ou câmara julgadora mais favorável. Essa possibilidade compromete o princípio da igualdade perante a lei.

Não se pode olvidar, ainda, que as decisões definitivas tendem a alcançar a imutabilidade, com o trânsito em julgado das decisões finais, criando o fenômeno da imutabilidade dos efeitos desse julgado. O indivíduo que experimenta sucumbência, defendendo a mesma tese que outro indivíduo que obtém a procedência de seu pleito, passa a ser duplamente penalizado. Primeiro pela sucumbência em si mesma considerada, representada pela perda patrimonial que sofre. Segundo, porque o julgado alcança a imutabilidade, não permitindo que venha a ser discutido novamente, solidificando essa particular situação, promovendo um profundo sentimento de descrédito e injustiça. Considerando que nos posicionamos pela não aceitação da classificação da jurisprudência como *fonte do direito*, poderia, propriamente, revelar normas jurídicas? Em outros termos, a atividade jurisdicional do Estado criaria – propriamente – normas, ou apenas reconheceria a vontade concreta de normas preexistentes, declarando-as?

4 UNIDADE OU DUALIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

As respostas possíveis a tais questões refletirão, num primeiro momento, uma adesão a uma das duas teorias que, segundo Vicente Greco Filho,¹⁸ disputam a *unidade* ou *dualidade* do ordenamento jurídico.¹⁹

18 GRECO FILHO, 2000, p. 357.

19 As primeiras palavras de BEDAQUE, 1995, p. 9-12, numa de suas mais importantes obras, destinam-se, justamente, à análise dos “dois planos do ordenamento jurídico”. Contudo, desde o início, o processualista se preocupa com as relações entre esses dois planos. Fica patente em suas ponderações que a consciência da existência de dois planos não serve para que se conceba um processo que exista em si e se basta. Não se pode imaginar a instituição de um processo para discutir matéria processual. Após considerações acerca de qual seria o objeto do direito processual e a função do procedimento, como um modelo legal a ser seguido, assim se manifesta o autor: “*Resta saber, todavia, onde se pretende chegar com a prática desses atos em conformidade como o modelo legal. Esse caminho, concebido desde as Idade Média, visa à atuação do direito material, determinando em cada caso o que seja justo e tornando efetiva a regra jurídica formulada. O objeto do processo é constituído, pois, por esse direito afirmado, que, se reconhecido, será assegurado pela tutela. A pretensão a um provimento jurisdicional é de natureza processual*”

Estes representam apenas mais alguns dos problemas que surgem assim que se passa a estudar o papel da jurisprudência. Numa ordem lógica de abordagem, contudo, tais dúvidas não seriam as primeiras que deveriam ser enfrentadas. Como imaginar indagar da força criadora e vinculativa dos julgados, sem se saber o que representam, propriamente, esses julgados reiterados? Quais os demais requisitos (além da reiteração) devem ostentar para que possam formar jurisprudência?

Lembremos, ainda, que, tradicionalmente, no sistema romano-germânico, o juiz se subordina ao conteúdo da lei, sendo que a técnica interpretativa é a que soluciona os conflitos entre as partes. Naturalmente, também os magistrados se valem de soluções anteriores, até porque os dispositivos legais não são capazes de solucionar todas as situações, considerando que a disciplina legal é genérica, reclamando pela complementação do intérprete.

No sistema anglo-saxônico, ao contrário, como nos lembra DAVID,²⁰ coube aos juízes a construção das regras as serem aplicadas. Assim, as decisões pretéritas solucionam os conflitos, através do método de distinção.

Hoje há uma dificuldade em afirmar que o Brasil, por esse aspecto, integraria necessariamente a família romano-germânica. Não apenas pelo fato de os precedentes, com o tempo, passarem a merecer maior destaque, mas pelo constante acréscimo de técnicas legislativas destinadas à vinculação. Poderíamos exemplificar com as súmulas vinculantes, referidas em outra passagem do texto, mas também com outros meios, como é o caso da assunção de competência, com o incidente de resolução de recursos repetitivos. Além disso, o disposto no art. 926 do CPC/2015, também destacado em outra passagem do presente estudo, que determina aos tribunais a

e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material. ” BEDAQUE, 1995, p. 9-12. Reconheçamos a existência dos dois planos, mas lembremos que o plano processual somente se justifica pelo material.

20 DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, pp. 57 e ss., oportunidade em que o autor situa, inclusive, a principal região que ainda adota esse sistema de forma prevalente.

observância e conservação de sua jurisprudência.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em 1942, tratava a jurisprudência como um mero suplemento da ordem jurídica, sem supor, conforme referido em outras passagens do presente estudo, que ela se tornaria meio para a solução dos conflitos, bastando lembrar os dispositivos do CPC/2015, referidos alhures (*v.g.*, arts. 311, II; 332, I, II, III, IV; e 927, incs. I a V), que dão aos precedentes a força vinculativa necessária à solução dos conflitos.

Há, nesse passo, uma curiosidade a ser destacada, consistente no fato de que a lei (atividade jurídica precípua da família romano-germânica) acabou reconhecendo o papel que a jurisprudência alcançou. É fato que a vinculação dos precedentes ocorreu ao longo da história. Contudo, a “autorização” definitiva de sua utilização para solucionar conflitos veio do Legislativo.

Mas, retornando aos conceitos, Maria Helena Diniz apresenta um conceito que denota a existência de outros elementos que, igualmente, merecem consideração. Afirma a autora que a jurisprudência se caracteriza como o “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional”.²¹

No trecho transcrito, a autora não especifica o grau de vinculação dessas “*normas emanadas dos juízes*” que, no conjunto, constituiria “*uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas*”. E também não afirma se referida definição seria apropriada para o sistema da *common law* ou da *civil law*.

Na obra de Rubens Limongi França encontramos a conclusão de que há conceitos vulgares e os que o autor qualifica como “*tecnológico-jurídicos*” para a jurisprudência. Destacando-se os significados jurídicos, encontramos: (a) jurisprudência como um conceito *lato*, que abrangeria toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja a elaborada pela doutrina, seja a elaborada propria-

21 LIMONGI FRANÇA, 2000, p. 290.

mente pelos tribunais; (b) jurisprudência como vocábulo derivado de *juris prudentia*; seria o conjunto das manifestações dos jurisconsultos (os então chamados *prudentes*), diante de questões jurídicas concretamente apresentadas para solução; aproximar-se-ia, neste contexto, segundo o autor, aos atuais pareceres produzidos pelos juristas; (c) jurisprudência como doutrina jurídica geral, sem a preocupação com um caso concreto, como no sentido anterior (item b); a jurisprudência, aqui, segundo o autor, teria a mesma função da produção que incumbe à doutrina sobre os diversos temas jurídicos; (d) jurisprudência como a massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre os casos que lhes são apresentados (qualquer antecedente, para esta acepção, confundir-se-ia então com a jurisprudência propriamente considerada); e, finalmente (e) jurisprudência como o conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre a mesma matéria, de forma constante, reiterada e, ainda, pacífica.²²

Um importante alerta deve ser destacado, antes de prosguirmos. Trata-se do cuidado a que FERRAZ JR. se refere, em obra que aborda justamente os postulados da denominada “*ciência do direito*”. Este autor entende inadequada a generalização que se encontra na quase unanimidade da doutrina,²³ que chega a afirmar

22 FERRAZ JR., 1999, p. 147-149.

23 Além LIMONGI FRANÇA e DINIZ, destacamos o magistério de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que também menciona, partindo da definição de Ulpiano, que a expressão *jurisprudência* já representara a própria Ciência do Direito. FERRAZ JR., 1996. p. 142-143, in: A formação do juiz na perspectiva da reforma do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Há quase unanimidade em se afirmar que a jurisprudência já teria sido encarada, desde Roma, também como a própria Ciência do Direito. Também MONTORO, 2000, p. 352-353, afirma que a expressão *jurisprudência* já se confundira com a própria ciência do direito. Contudo, o mais expressivo da doutrina desse autor, que também ora destacamos, é a advertência para que não confundamos jurisprudência com antecedentes e, ainda, acrescenta a impropriedade de se aproximar o termo *jurisprudência* do de sentença: “A jurisprudência não se confunde com sentença. Sentença é uma decisão individualizada, aplicável a um caso concreto. Enquanto a jurisprudência, como fonte do direito, constitui uma norma geral, aplicável a todos os casos idênticos.” Adiante, o autor aproxima o conceito de jurisprudência do conceito de costume: “Da mesma forma que o costume se forma pela repetição de fatos individuais, a jurisprudência se constitui através de sentenças idênticas. Daí a aproximação que muitos autores fazem entre a jurisprudência e o costume. Alguns chegam mesmo a denominá-la ‘costume judiciário’, em oposição ao ‘costume popular’.” Interessante, ainda, são as suas considerações acerca

que a jurisprudência, em determinada fase histórica, já teria se confundido com a própria ciência do direito. Tercio Sampaio Ferraz Jr. informa que tal expressão, na realidade, é criação da denominada Escola Histórica Alemã, do século XIX. Demais, lembra que os romanos sempre devotaram ao Direito um aspecto essencialmente pragmático²⁴ e pouco científico.²⁵

CRUZ E TUCCI apresenta posicionamento convergente ao acima referido, com uma conotação mais abrangente. Reconhece os fundamentos apresentados por FERRAZ JR., quando versa o importante tema do exercício do poder político e a possibilidade de “*dizer o direito*” à solução de conflitos. Lembra – e aqui reside uma aproximação inquestionável – que os agrupamentos sociais mais antigos eram detentores de uma estrutura institucional de cunho essencialmente pragmático e, assim, realmente não chegaram à elaboração técnico-científica do direito. Contudo, apresenta também os motivos históricos (político-econômicos) que determinaram a

da aproximação das expressões lei e jurisprudência: “A jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória. Mas se distingue da lei por sua maior flexibilidade e maleabilidade. Graças a essa flexibilidade, a jurisprudência desempenha importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma legislativa e na sua adequação às peculiaridades dos casos concretos.” MONTORO, 2000, p. 352-353.

24 Destacamos, para ressaltar a coerência de seu pensamento, um outro estudo de FERRAZ JR., 1996. p. 31-33, em que faz as descrições e considerações sobre os símbolos que servem para identificar a justiça. O autor considera as representações das deusas grega e romana, *Diké* e *Justitia*, símbolos da justiça. Analisando a deusa dos romanos, afirma que o fato de se apresentar com os olhos vendados (o que não se observa na grega) demonstra que o saber jurídico para aquele povo era um *saber-agir*, uma *prudência*, um equilíbrio entre a abstração e o concreto. Daí a importância do aspecto pragmático da aplicação da justiça, o que os afastaria da ideia de cultores de uma ciência propriamente dita. FERRAZ JR., 1996. p. 31-33.

25 Cf. *A ciência do direito*. p. 18-19. Destacamos o seguinte trecho, onde o autor revela que a palavra *scientia* encontrada na definição célebre que Ulpiano dera à Jurisprudência, no *Digesto*, jamais teve o alcance que se pretende lhe emprestar: “As teorias romanas sobre o Direito estavam muito mais ligadas à práxis jurídica. Assim, os qualificativos que a atividade do jurista dita jurisprudência recebia – *ars*, *disciplina*, *scientia*, ou *notitia* – não devem ser tomados muito rigorosamente do ponto de vista de uma teoria da ciência. Os romanos nunca levaram muito a sério a questão de saber se sua atividade era uma ciência ou uma arte.” Sobre a comparação da ideia de jurisprudência entre romanos e gregos, verificar FERRAZ JR., 1996. p. 61.

evolução da jurisprudência no direito romano.²⁶

Mesmo com a generalização equivocada que a maior parte da doutrina faz, indicando que poderia ser considerada também como a própria ciência do direito, sem as devidas ressalvas, fica evidente a possibilidade e a necessidade de se definir, dogmaticamente, a jurisprudência, a partir de suas funções.

A doutrina apresenta extensa relação de papéis que são desempenhados pela jurisprudência. Autores como o já citado FRANÇA qualificam e agrupam tais as funções. Este, refere-se às “funções específicas da jurisprudência” no ordenamento jurídico.²⁷

Observa que tal *forma de expressão do Direito* (a) *interpreta*, (b) *vivifica*, (c) *humaniza*, (d) *suplementa* e (e) *rejuvenesce* a lei.

Mesmo a mais clara das leis (gramaticalmente considerada) necessita de (a) interpretação, no mínimo para que possa se harmonizar sistematicamente com o ordenamento. A vigência de uma nova lei (b) gera influência em todo ordenamento, determinando a realização de sua harmonização com todo o sistema jurídico e este é um dos papéis que a jurisprudência realiza. Há, ainda, a necessidade de se avaliar se a lei (c) atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, o que significa dizer que as leis não podem ser interpretadas pelos tribunais de forma divorciada dessas metas, aplicando-as mediante uma simples tarefa de subsunção do fato à norma. Considerando as lacunas da lei, observa-se que à jurisprudência (d) cumpre o preenchimento das lacunas, que são inevitáveis, mediante as atividades integrativas. Ainda, promove a necessária e constante (e) reelaboração do ordenamento jurídico, cujas regras se justificam em grande maioria apenas num determinado momento histórico da sociedade, o que acaba sendo revelado pelos julgados.

FEDERIGHI adotando referidas funções, confere especial atenção àquela que lhe parece a mais importante, destinada a suplementar a lei. Deixa clara sua posição, citando vários autores que corroboram seu respeitável ponto de vista, no sentido da impossibi-

26 Cf. CRUZ E TUCCI, 1987, p. 20-21.

27 Cf. FRANÇA, 1999. p. 165-170.

lidade de o juiz criar, propriamente, a lei, quando do desempenho de sua função jurisdicional. Em termos de criação da norma, destaca a doutrina de NAST, afirmando que três seriam as funções (ou os papéis) principais da jurisprudência: *aplicar a lei; adaptar a lei; criar a lei* (aqui, apenas nas lacunas inevitáveis, destaca o autor).²⁸

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conjunto de papéis reservados à jurisprudência, conforme a doutrina anteriormente destacada, nos remete a duas consequências inevitáveis. A jurisprudência deve ser progressiva e sempre interpretar o direito que lhe é apresentado (mesmo que aparentemente claros os termos da lei), impedindo que este se torne imune aos avanços da sociedade e, ainda, deve ser uniforme para que cumpra essa mesma função, mas proporcionando, acima de tudo, até mesmo por tais qualidades, segurança ao jurisdicionado.²⁹

Em artigo doutrinário, Marcelo Roberto Ferro³⁰ formula excelente estudo sobre o papel da jurisprudência, destacando a necessidade de sua consideração num determinado Estado e num determinado momento histórico, porque revelará os princípios e costumes que ali são aceitos. Apresenta também a sua visão sobre as funções da jurisprudência dentro do quadro do direito atual e histórico, mostrando, de forma muito bem explanada, os poderes *conservador e criador* da jurisprudência, citando, entre outros, de forma mais acentuada, os trabalhos dos estudiosos franceses Georges Ripert sobre o atributo moral do direito e, Henri de Page, a respeito do que se resolveu intitular de o *Governo de Juízes*, res-

28 FEDERIGHI, 1999, p. 71-73.

29 Dentre vários autores que destacam tal virtude que cumpre à jurisprudência preservar, destacamos NEVES, que ensina, quando versa o papel que aos “assentos” cumpre preservar, no direito português: “*Com os assentos intenta a nossa lei atingir um certo fim, cumprir um determinado objectivo na ordem das intenções últimas do direito – com a ‘uniformização de jurisprudência’ visa conseguir uma unitária estabilidade (ou fixidez) do direito, que satisfaça a segurança jurídica e garanta a certeza de uma sua unívoca aplicação.*” Cf. NEVES, 1983, p. 21.

30 Cf. A jurisprudência como forma de expressão do Direito. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n.º 51, jan./mar., p. 89-103.

saltando o papel reservado ao magistrado na prática e na evolução do direito.

Considera alguns dos “inconvenientes” da atividade jurisdicional que gera a jurisprudência. Destaca o desprestígio do legislativo. Aduz que o incremento na utilização da atividade jurisprudencial pode levar a uma apressada conclusão que aponta para um certo desdém em relação ao trabalho do legislativo.

O fato é que a omissão do Legislativo e as necessidades da sociedade acabam por exigir, nas soluções dos conflitos, que o Judiciário se posicione. Também o Executivo - que abusa, por exemplo, das Medidas Provisórias, acaba determinando a incidência da atividade jurisdicional para solucionar os conflitos derivados dessa sua “atividade legislativa”. Observa-se, assim um distanciamento que vem sendo criado entre a vontade do destinatário das leis e daqueles que as criam (ou deveriam criar).

Lembremos que no próprio processo democrático de feitura das leis não se pode ignorar o problema das “maiorias circunstanciais” das casas legislativas. Disciplinas jurídicas são criadas pelo *governo de maiorias circunstanciais*, formadas para a aprovação de medidas mediante acordos de lideranças e outras conveniências, o que constitui um quadro não menos preocupante que o referido *governo dos juízes*.

Para referido inconveniente, cumpre destacar a disciplina contida no art. 489, § 1º, inc. V, do CPC/2015, que considera não fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos Curiosamente, destacando a importância que se deve devotar à jurisprudência, o inciso VI do mesmo dispositivo, considera não fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Verifica-se a inquestionável evolução que foi operada na sistemática do CPC/2015: nem se admite a acomodação do magistrado, que não pode invocar a jurisprudência sem demonstrar sua adequação ao caso concreto e, tampouco, pode deixar de considerá-la.

Nota-se, assim, que o conceito de jurisprudência que se adotar revelará, automaticamente, as suas funções (ao menos as principais) como uma das *formas de expressão do direito*.

Concluímos, ainda, que, independentemente do alcance que se dê à jurisprudência, quando seu papel no ordenamento jurídico é ressaltado, sempre resta clara a sua *função conformadora*, porque é forma pela necessidade de aplicação do ordenamento (como um todo) ao caso concreto. Numa simplificação, o julgador parte de conceitos genéricos contidos em comandos também genéricos para uma identificação da correta dimensão que aqueles conceitos genéricos devem ter, mormente quando confrontados com as demais regras integrantes do ordenamento, ou seja, com as demais *formas de expressão do direito*.

Mesmo que fique evidente o aspecto pragmático de tal atividade cognitiva desempenhada pelo julgador, ao jurisdicionado interessa verificar o pensamento do tribunal, contido na jurisprudência. Conhecer os riscos que sujeitam suas demandas e/ou defesas, num prognóstico de razoabilidade de sucesso ou não, diante do conhecimento do comportamento circunstancial (no sentido de um determinado comportamento no tempo e espaço) dos tribunais.

Ressaltamos uma vez mais que a atividade jurisdicional deve proporcionar o máximo de segurança aos jurisdicionados, como sendo um valor inerente a esta atividade que é monopolizada pelo Estado. Deve proporcionar-lhes um clima adequado de máxima confiabilidade possível em suas manifestações, para que se evite a preocupação – adicional, repito – de se contar com interpretações por vezes antagônicas acerca de um mesmo tema jurídico.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FEDERIGHI, Wanderlei José. **Jurisprudência e direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2^a ed. São Paulo, Atlas, 1986.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 2^a ed. São Paulo, Atlas, 1996.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do Direito. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n.º. 51, jan./mar., p. 89-103.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Formas e aplicação do direito positivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1969.

_____. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDE, Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 2159.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2006

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **La giustizia civile negli Stati Uniti**. Il Mulino: Bologna, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. **La giustizia civile negli Stati Uniti**. Il Mulino: Bologna, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. p. 142-143, in: **A formação do juiz na perspectiva da reforma do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Fontes e formas de expressão do Direito**. In: Revista *Justitia*, nº 173 (jan./mar. 1996).

WARAT, Carlos Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. In: Ci. Inf., Brasília, v.29, n. 2, pp.71-77, maio/ago. 2000.

Recebido em: 10/08/2018

Aprovado em: 21/11/2018

